



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 248/00

Verkündet am:  
10. Mai 2001  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 631

Der mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Bauwerks beauftragte Unternehmer ist verpflichtet, die nach Sachlage notwendigen Informationen einzuholen, um eine ordnungsgemäße Entwässerung zu gewährleisten.

BGH, Urteil vom 10. Mai 2001 - VII ZR 248/00 - OLG Frankfurt  
LG Frankfurt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. Mai 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der Firma L.-GmbH (L.P) restlichen Werklohn aus einem Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Supermarktes, den die LL. Immobilienentwicklungs- und Betriebsgesellschaft GmbH (LL.) als Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der L. geschlossen hat. Die Klägerin war Subunternehmerin der L.. In der Revision geht es nur darum, ob die Beklagte mit einem Vertragsstrafenanspruch gegen die L.P in Höhe von 345.000 DM aufrechnen kann.

Nach Ziff. 5.1 des Vertrages zwischen der LL. und der L. sollte die schlüsselfertige Übergabe spätestens fünf Monate nach Erteilung einer rechtskräftigen Baugenehmigung erfolgen. Die Vertragsparteien vereinbarten, die Fertigstellungstermine noch gemeinsam festzulegen. Nach Ziff. 5.6 verpflichtete sich die L.P, wenn sie sich mit der Einhaltung der in Ziffer 4.1 (gemeint war 5.1) vereinbarten Fertigstellungstermine in Verzug befindet, zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Auftragssumme für jeden Werktag, um den sich die Fertigstellung verzögert. Nach der ursprünglichen Darstellung der Klägerin war als Fertigstellungstermin der 28. Februar 1994 vereinbart worden. An diesem Tag wurde das Gebäude übergeben, die Außenanlagen waren erst am 26. Mai 1994 fertig gestellt. Die Verzögerung bei den Außenanlagen war darauf zurückzuführen, daß die Parkfläche während der Errichtung unter Wasser stand. Es stellte sich heraus, daß das anfallende Oberflächen- und Dränagewasser nicht hinreichend über die öffentliche Entwässerung abgeführt wurde. Die öffentlichen Entwässerungsleitungen mündeten über ein Regensiehl in den Hellbach, der als Vorfluter vorgesehen war. Wenn er Hochwasser führte, drückte sein Wasser in die Entwässerungsleitungen. Die L. ließ die Parkplätze so erhöhen, daß sich dieser Rückstau nicht mehr auf der Oberfläche auswirkte. Die Kosten übernahm die LL..

Das Landgericht hat die Aufrechnung mit der Vertragsstrafenforderung zurückgewiesen und die Beklagte zur Zahlung von 345.722,85 DM verurteilt. Diese habe die Behauptung der Klägerin, es sei ein Fertigstellungstermin zum 28. Februar 1994 vereinbart worden, bestritten, jedoch nicht die Vereinbarung eines anderen Termins behauptet. Allein aus der Regelung, daß die schlüsselfertige Übergabe spätestens fünf Monate nach Erteilung der rechtskräftigen Baugenehmigung erfolgen sollte, lasse sich der Vertragsstrafenanspruch nicht stützen, da der Fertigstellungstermin noch einvernehmlich festgelegt werden

sollte. Aber auch wenn man von dem 28. Februar 1994 ausgehe, bestehe ein Vertragsstrafenanspruch nicht. Die Klägerin habe die Verzögerung nicht zu vertreten. Diese beruhe auf der mangelhaften Abflußmöglichkeit in den Vorfluter. Dieser gehöre zu den Erschließungsmaßnahmen, die die L. nicht als vertragliche Leistung übernommen habe.

Die Berufung der Beklagten hatte überwiegend Erfolg. Die Klage ist bis auf den Betrag von 722,85 DM abgewiesen worden. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht meint, die Vertragsstrafenforderung sei unter Zugrundelegung des von der Klägerin genannten Fertigstellungsdatums vom 28. Februar 1994 berechtigt. Die L. habe die Verzögerung zu vertreten. Ihr habe die gesamte Planung der Außenanlagen obliegen. Wenn sie dieser Verpflichtung ordnungsgemäß nachgekommen wäre, wäre eine Verzögerung nicht eingetreten. Sie hätte bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt den Parkplatz sogleich höher planen müssen. Auch wenn das vom Ingenieurbüro B. im Auftrag der LL. erstattete Gutachten eine Überleitung des anfallenden Oberflä-

chenwassers in den Hellbach für problemlos möglich erachtet habe, habe die L. die Dimensionierung der Entwässerung eigenverantwortlich prüfen müssen. Die L. habe - auch durch Rückfrage bei der zuständigen Behörde der Wasserwirtschaft über die Vorflutverhältnisse und die Einleitungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung etwaiger sonstiger Einleiter - Erkundigungen einziehen und die Höhenlage bzw. das Gefälle des Parkplatzes entsprechend planen müssen.

## II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. Das Berufungsgericht hat nicht sämtliche Voraussetzungen des Vertragsstrafenanspruchs rechtsfehlerfrei festgestellt.

1. Zutreffend ist schon das Landgericht davon ausgegangen, daß nach der unter Ziff. 5.6 getroffenen Vereinbarung eine Vertragsstrafe nur in Betracht kommt, wenn die Parteien einen Fertigstellungstermin vereinbart haben. Entgegen der von der Beklagten in den Vorinstanzen vertretenen Auffassung reichte die unter Ziff. 5.1 erfolgte Festlegung der Bauzeit auf fünf Monate nach Erteilung der Baugenehmigung nicht, um die Voraussetzungen des Vertragsstrafenanspruchs zu begründen. Denn die Vertragsstrafenvereinbarung bezog sich allein auf die Überschreitung der ebenfalls unter Ziff. 5.1 vorgesehenen, gesondert zu vereinbarenden Fertigstellungstermine. Nach der handschriftlichen Ergänzung des Vertragsformulars sollten die Fertigstellungstermine noch gemeinsam festgelegt werden.

2. Die Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarung eines Fertigstellungstermins trägt die Beklagte. Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung die möglicherweise nicht mehr aufrecht erhaltene Behauptung der Kläge-

rin zu Grunde, die Parteien hätten den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin auf den 28. Februar 1994 verlegt. Das wäre nur zulässig, wenn sich die Beklagte diese Behauptung jedenfalls hilfsweise zu eigen gemacht hätte. Das kann zweifelhaft sein. Wenn eine Partei den ihr günstigen Vortrag der Gegenseite bestreitet, kann regelmäßig nicht davon ausgegangen werden, daß sie sich ihn hilfsweise zu eigen macht (BGH, Urteil vom 23. Juni 1989 - V ZR 125/88 = NJW 1989, 2756). Die Beklagte hat die Vereinbarung dieses Fertigstellungstermins mit der L. zunächst bestritten. In der Berufung hat sie die Auffassung vertreten, sie habe sich der Behauptung der Klägerin insoweit angeschlossen. Tatsächlich ist das ausdrücklich nicht geschehen. Dem Vortrag der Beklagten läßt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, daß sie ihre Aufrechnung auf die Überschreitung des von ihr bestrittenen Fertigstellungstermins stützen will. Etwaige Zweifel über die Bedeutung und die Tragweite des beiderseitigen Vorbringens können nicht ohne die nach § 139 ZPO erforderliche Befragung der Parteien geklärt werden.

3. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht seine Auffassung, die L. sei am 28. Februar 1994 mit der Fertigstellung in Verzug geraten. Aus ihnen ergibt sich nicht, daß die durch die Überflutung des Parkplatzes und die anschließende Erhöhung der Parkfläche entstandene Verzögerung auf eine Sorgfaltspflichtverletzung der L. zurückzuführen war.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die L. eine funktionstaugliche Entwässerung schuldete. Denn der mit der schlüsselfertigen Errichtung beauftragte Unternehmer schuldet ein funktionstaugliches Bauwerk (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2001 - VII ZR 176/99 = NJW 2001, 1276). Die L. hat eine Entwässerung vorgesehen, die diesen Anforderungen nicht genügte. Allein dieser objektive Mangel begründet den Anspruch auf Vertrags-

strafe nicht. Diese setzt Verzug voraus. Eine Haftung kommt deshalb nur in Betracht, wenn die L. den Mangel zu vertreten und dies zu der Verzögerung geführt hat.

a) Die L. hat die öffentliche Entwässerung nicht geplant. Ein Verschulden der L. kommt deshalb nur in Betracht, wenn sie bei der gebotenen sorgfältigen Planung und Errichtung des Bauwerks erkennen mußte, daß unter bestimmten Bedingungen das Oberflächenwasser nicht ordnungsgemäß abgeführt werden konnte.

Der mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Bauwerks beauftragte Unternehmer ist verpflichtet, die nach Sachlage notwendigen Informationen einzuholen, um eine ordnungsgemäße Entwässerung zu gewährleisten. Welche Erkundigungen nach Sachlage erforderlich sind, hängt von den vertraglichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der jeweiligen dem Vertrag zugrunde liegenden Umstände ab. Notwendig können auch Erkundigungen über die Funktionsfähigkeit der Vorflutung sein, vgl. z.B. DIN 18315 Nr. 4.1.1 in Verbindung mit § 3 Nr. 4 VOB/B. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den mit der Planung des Bauwerks beauftragten Unternehmer grundsätzlich für verpflichtet hält, Informationen über die Vorflutung bei der dafür zuständigen Behörde einzuholen. Derartige Erkundigungen sind allenfalls dann überflüssig, wenn der Unternehmer anderweitige gesicherte Kenntnisse über die Vorflutung hat. Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Aus dem Gutachten des Ingenieurbüros B. ergeben sie sich nicht zwingend.

b) Es fehlen Feststellungen dazu, daß die geforderten Erkundigungen zur Aufdeckung des Problems mit der Vorflutung geführt und damit die Verzögerungen vermieden hätten. Davon kann nach dem bisherigen Sach- und

Streitstand nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Vielmehr ist es möglich, daß die Gemeinde keine anderen Erkenntnisse als das Ingenieurbüro B. hatte. Dieses hat nach der in den Akten befindlichen Aussage des Zeugen N. die öffentliche Erschließung zunächst im Auftrag der Gemeinde durchgeführt. Die Gemeinde hat die Erschließungsmaßnahmen abgenommen. Nach dem der L. vorgelegten Gutachten des Ingenieurbüros bestanden gegen eine Entwässerung in den Hellbach als Vorfluter keine Bedenken. Die Beklagte hat nicht behauptet, daß die Gemeinde zwischenzeitlich andere Erkenntnisse gewonnen hatte.

### III.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben.

1. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, welcher Fertigstellungstermin vereinbart worden ist. Gegebenenfalls ist weiter zu prüfen, inwieweit die L. ihre Sorgfaltspflichten bei der Planung verletzt hat und eine derartige Verletzung ursächlich für die eingetretene Verzögerung war.

2. Für den Fall, daß eine ursächliche Pflichtverletzung bejaht wird, wird es sich mit dem Einwand der Klägerin auseinandersetzen müssen, die LL. habe nach Feststellung des Rückstaus die Entscheidung darüber hinausgezögert, wie der Mangel dauerhaft behoben wird.

Die Relevanz einer derartigen Verzögerung kann nicht ohne weiteres deshalb verneint werden, weil die L. aufgrund des Vertrages über die schlüsselfertige Erstellung des Supermarktes eine funktionstaugliche Entwässerung schuldet und es ihre Sache war, wie sie diese erbrachte.

Denn es ist nicht auszuschließen, daß die von der L. zunächst geplante Höhenlage den vertraglichen Vereinbarungen entsprach. Auch ein Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Gebäudes beruht in aller Regel auf gemeinsamen Vorstellungen über das Leistungssoll, die Vertragsinhalt oder jedenfalls Geschäftsgrundlage geworden sein können. Dazu kann eine Höhenlage des Bauwerks und der Außenanlagen gehören, wie sie sich aus den örtlichen Verhältnissen, wie z.B. den Straßen- und Kanaldeckelhöhen, ergibt und nach den dem Vertrag zugrunde liegenden Unterlagen für einen ordnungsgemäßen Anschluß an die öffentliche Entwässerung ausreichend ist. Die Klägerin hat dazu behauptet, sie habe die Höhenlage aufgrund der von der LL. vorgegebenen Entwässerungsplanung, Längsschnitte sowie Höhenpunkte für Straßen- und Kanalhöhen des Ingenieurbüros B. festgelegt. Sollte sich herausstellen, daß die danach geplante Höhenlage den vertraglichen Vereinbarungen entsprach, wäre die LL. nach den durch den Rückstau offen zu Tage getretenen Bedenken gegen diese Höhenlage gehalten gewesen, ohne schuldhaftes Zögern eine den Vertrag ändernde Anordnung zu treffen, die den festgestellten Fehler vermeidet. Die Anordnung zur Höherlegung des Parkplatzes hat die LL. im Februar 1994 unter Übernahme der Kosten tatsächlich getroffen, wenn auch mit einiger Verzögerung. Diese Verzögerung von bis zu drei Monaten kann dazu führen, daß der gesamte Zeitplan, der eine Errichtung des Bauwerks in fünf Monaten vorsah, umgeworfen wurde, so daß ein Anspruch auf Vertragsstrafe ganz entfallen kann. Jedenfalls müßte der von der LL. zu vertretende Zeitraum bei der Berechnung der Vertragsstrafe berücksichtigt werden

(vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1966 - VII ZR 262/63 = NJW 1966, 971; BGH, Urteil vom 29. November 1973 - VII ZR 205/71 = BauR 1974, 206; Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98 = BauR 1999, 645 = ZfBR 1999, 188).

Ullmann  
fer

Hausmann

Kuf-

Kniffka

Bauner